

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Une notion fuyante

Thunis, Xavier

Published in:

Mélanges offerts à Marcel Fontaine

Publication date:

2003

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Thunis, X 2003, Une notion fuyante: l'obligation essentielle du contrat. Dans *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*. Larcier , Bruxelles, p. 521-542.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

UNE NOTION FUYANTE : L'OBLIGATION ESSENTIELLE DU CONTRAT

PAR

Xavier THUNIS

Professeur aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix, à Namur

1. Confronté à une clause exonératoire de responsabilité qu'il estime abusive, le tribunal de commerce de Paris, dans une décision du 14 avril 1972¹, s'exprime dans les termes suivants : « Les juges anglais et américains refusent d'appliquer les clauses odieuses et utilisent, pour rétablir l'équilibre des prestations, la théorie dite de "l'obligation fondamentale" ; par elle, le juge peut déclarer inopposable une clause permettant à une seule des parties seulement de s'exonérer de l'obligation qui est l'essence même du contrat. »

Cette étude est dédiée à un éminent spécialiste du droit des contrats dont le souci comparatiste n'a cessé de s'affirmer. Il a paru naturel de lui rendre hommage en approfondissant le concept d'obligation essentielle (ou fondamentale) en droit comparé.

L'idée qu'il existe une essence du contrat est ancienne et irrigue tout son déroulement, sa formation comme son exécution (chap. I). Cette idée en a entraîné une autre : il existerait une limite quasi naturelle à la validité des clauses par lesquelles un débiteur allège ses obligations ou sa responsabilité, un minimum contractuel², une sorte de noyau dur du contrat auquel les parties ne sauraient porter atteinte, sous peine de dénaturer l'opération projetée et de compromettre l'utilité que le créancier est en droit d'en attendre. L'obligation essentielle s'affirme prudemment en droit belge comme une limite autonome à la validité des clauses par lesquelles un débiteur allège ses obligations ou restreint sa responsabilité

¹ *Gaz. Pal.*, 1972, 2, 750.

² G. VINEY, « Rapport de synthèse », in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Paris, LGDJ, 1990, p. 338 et s. ; Ph. DELEBECQUE, « Clauses d'allègement des obligations », *Juris-classeur*, 1998, Contrats - distribution, fasc. 110, 5.

(chap. II). Elle connaît en revanche un sort contrasté en droit comparé. Alors qu'elle joue un rôle régulateur certain en droit français, comme le montre l'arrêt *Chronopost* si controversé³, elle a, semble-t-il, été rejetée définitivement en droit anglais par la House of Lords dans l'affaire *Photo Production Ltd. v. Securicor*⁴ (chap. III).

Il ne faut pas chercher dans la doctrine du *fundamental breach* un équivalent de l'obligation essentielle. Le droit anglais a son génie propre. Les arguments qui ont emporté, dans les années quatre-vingt, la conviction des juges anglais ne sont pas comme tels transposables en droit belge ou français. Toutefois, les objections qu'ils formulent invitent à s'interroger sur l'obligation essentielle comme instrument de régulation du contrat (chap. IV).

Chapitre I

PERMANENCE DE L'ESSENTIEL EN DROIT DU CONTRAT

2. L'idée qu'il existe un noyau dur du contrat, plus précisément un noyau dur propre à chaque contrat, excède largement la matière des clauses d'allègement des obligations ou de la responsabilité⁵. On la retrouve dans la formation du contrat, qui ne se réalise que s'il y a accord sur les éléments essentiels. Elle est aussi présente dans l'exécution du contrat où la gravité du manquement susceptible de justifier la résolution peut s'évaluer par référence à la nature, essentielle ou accessoire, de l'obligation méconnue⁶. Comment ne pas évoquer, à cet égard, le critère de la contravention essentielle repris à l'article 25 de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises et défini à partir du préjudice substantiel apprécié en fonction des attentes légitimes du créancier lésé⁷?

³ Cass. fr. (com.), 22 octobre 1996, *D.*, 1997, Jur., p. 121, note A. SERIAUX; pour une discussion, voy. *infra*, n° 11 et s.

⁴ (1980) 1 All E.R. 556.

⁵ Pour un aperçu général, PH. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 89 et s.

⁶ M. VANDERMERSCH, « La gravité du manquement, condition de la résolution pour inexécution fautive : approche comparative », *Ann. dr. Louvain*, 1993/4, p. 557 et s. Pour une analyse critique de la pertinence de ce critère, S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Appeldoorn, Maklu Uitgevers, 1994, p. 237 et s., p. 251 et s.

⁷ Pour une analyse de ce critère, S. STIJNS, *op. cit.*, p. 258 et s. Selon cet auteur, le critère de la contravention essentielle converge largement avec celui de l'utilité économique que le créancier peut retirer de la poursuite de l'exécution du contrat.

3. L'essence des choses est insaisissable et ceux qui s'y affrontent sont condamnés au silence ou à la logorrhée.

L'essence du contrat est une notion floue, ce qui ne signifie pas qu'elle soit inutile ou *a priori* condamnable. Pour Pothier, « les choses, qui sont de l'essence du contrat, sont celles sans lesquelles ce contrat ne peut subsister. Faute de l'une de ces choses, ou il n'y a point du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat »⁸. Cette idée a influencé certains textes du Code civil, tels que l'article 1876 relatif au prêt ou l'article 1917 relatif au dépôt.

Pothier distinguait les éléments essentiels des éléments naturels qui, « sans être de l'essence du contrat, font partie du contrat, quoique les parties contractantes ne s'en soient point expliquées, étant de la nature du contrat que ces choses y soient enfermées et sous-entendues [...]. Elles diffèrent des choses qui sont de l'essence du contrat, en ce que le contrat peut subsister sans elles, et qu'elles peuvent être exclues du contrat, par la convention des parties »⁹.

Voilà qui rend l'appréciation délicate si l'on veut déterminer précisément la mesure dans laquelle un débiteur peut restreindre ses obligations ou sa responsabilité. Malgré tout le respect dû à Pothier, on peut trouver que l'essentiel est fort proche du naturel et que les mots dont il se sert ne font pas immédiatement apparaître la pertinence de la distinction qu'il propose¹⁰. Le Code civil confond d'ailleurs nature et essence dans les titres introduisant le prêt à usage et le dépôt. Si l'on délaisse les titres pour revenir aux textes, il est peu probable que les rédacteurs du Code civil, dans l'article 1135 qui concerne une matière centrale, celle de l'effet des obligations, aient entendu distinguer essence et nature du contrat¹¹.

4. Arrêtons-nous un instant à la formation du contrat. Les difficultés juridiques qui s'y manifestent annoncent les questions que posent l'identification de l'obligation essentielle et son utilisation comme limite à la validité des clauses d'allègement des obligations ou de responsabilité. Le contrat naît de la rencontre d'une offre et d'une acceptation sur l'essentiel, le règlement des éléments accessoires pouvant être négocié ultérieurement.

⁸ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, partie I, chap. I, n° 6.

⁹ R.-J. POTHIER, *op. cit.*, partie I, chap. I, n° 7.

¹⁰ L'essence, si elle s'oppose à l'accident, est précisément ce qui, pour les philosophes, constitue la nature d'un être.

¹¹ Voy. le commentaire qu'en donne J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Paris, LGDJ, 1999, p. 330 et s. Cet auteur relie opportunément l'idée de nature à celle de suites nécessaires du contrat.

Pour qu'il y ait juridiquement offre, il faut que la proposition émise soit ferme¹² et complète¹³. Pour être complète, elle ne doit pas contenir de précisions sur tous les points du contrat à venir¹⁴. Elle peut se limiter aux éléments objectivement essentiels du contrat à conclure de telle sorte que celui-ci puisse se former par adjonction de l'acceptation du destinataire. La détermination des éléments objectivement essentiels dépend du type de contrat dont la conclusion est envisagée.

Comment distinguer l'essentiel, sur lequel il faut s'accorder, de l'accessoire, qui peut être réglé ultérieurement¹⁵? La démarche n'est pas exempte de difficultés, surtout quand elle s'applique aux contrats innommés qui ne font pas l'objet d'une définition légale¹⁶. Même quand le contrat est nommé, des hésitations sont possibles. Les éléments essentiels de la vente sont la chose vendue et le prix mais qu'en est-il quand deux parties, étant convenues de l'achat d'une voiture automobile, laissent à l'acheteur le soin de désigner la couleur¹⁷?

Aux éléments objectivement essentiels du contrat s'ajoutent, le cas échéant, les éléments subjectivement essentiels (parfois qualifiés de substantiels), c'est-à-dire des éléments normalement accessoires élevés par la volonté des parties au rang d'éléments essentiels (ou substantiels) de la convention. Des contestations peuvent naître sur l'incorporation dans le champ contractuel d'un élément qu'une partie prétend subjectivement essentiel¹⁸.

¹² Sur cette condition, C. DELFORGE, « La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives », in *Le processus de formation du contrat*, M. FONTAINE (dir.), Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 2002, p. 154 et s.

¹³ La définition de l'offre acceptée en droit belge a été donnée dans un arrêt de la Cour de cassation du 23 septembre 1969 (*Pas.* 1970, I, 73; R.C.J.B. 1971, p. 216 et s., note Y. SCHOENTJES-MERCHERS, « Propositions, pourparlers et offre de vente »). Sur la jurisprudence ultérieure, P. VAN OMMESELAGHE, « Chronique de jurisprudence belge (1974-1982) – Les obligations », R.C.J.B. 1986, p. 134 et s.; S. STJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence – Les obligations: les sources (1985-1995) », J.T., 1996, p. 714 et s. et les références citées.

¹⁴ Sur l'ensemble de la question, J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, LGDJ, 1970.

¹⁵ Voy. p. ex. Civ. Namur, 26 avril 1990, R.R.D., 1990, p. 489 et s., note E. MONTERO.

¹⁶ J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 149, citant le contrat de franchise et de crédit-bail.

¹⁷ Comm. Bruxelles, 9 mai 1969, J.C.B., 1971, I, p. 81. En ce qui concerne le point de départ d'un contrat de location, voy. en jurisprudence française l'affaire cocasse tranchée par la cour d'appel de Toulouse le 21 février 1984, *Rev. trim. dr. civ.*, 1984, p. 706 et s., obs. J. MESTRE.

¹⁸ Pour un exemple, Bruxelles, 2 février 1977, J.T., 1977, p. 472 et s. Il n'est pas possible d'élever, au gré de la fantaisie, n'importe quel élément accessoire au rang d'élément essentiel du contrat. Sur ce point, J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 248 et s.

Bref, le domaine de la formation du contrat nous confronte à une difficulté récurrente, celle de faire le tri entre les éléments essentiels et les éléments accessoires, l'accord sur les premiers étant indispensable pour faire naître le contrat.

5. C'est à une difficulté du même ordre que se heurte la distinction entre les obligations essentielles, relativement incompressibles, et les obligations accessoires, *a priori* plus accueillantes aux clauses d'allègement. Comment extraire les obligations essentielles? La réponse à cette question passe par la qualification de la clause et du contrat.

La doctrine fait une distinction classique entre les clauses par lesquelles le débiteur détermine l'étendue et l'intensité des obligations qu'il entend assumer (clauses d'allègement des obligations) et les clauses par lesquelles il délimate, voire décline la sanction qui s'attache normalement à l'inexécution de celle-ci (clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité). La liberté contractuelle permet, en principe, de limiter les obligations assumées et d'éliminer, en quelque sorte à la racine, le problème de la responsabilité contractuelle en empêchant l'obligation de naître¹⁹.

Cette distinction, théoriquement importante, n'est pas facile à tenir jusqu'au bout²⁰ car il y a un lien étroit entre l'obligation contractée *stricto sensu* et l'obligation secondaire de réparation qui naît de l'inexécution de la première. Sur le plan pratique, bon nombre de clauses d'allègement confondent obligation et responsabilité, ce qui complique leur qualification²¹.

Celle-ci s'opère non seulement à partir du texte de la clause qui en précise l'objet, mais aussi au regard du contrat dans lequel elle s'insère. Le résultat peut en être la disqualification d'un type contractuel donné au profit d'un autre rendant mieux compte de la situation contractuelle créée

¹⁹ B. STARCK, « Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité », D.S., 1974, chron. XX, p. 157 et s. Voy. aussi l'étude très approfondie et nuancée de Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 10 et s. En droit belge, R. KRUTHOF, « Les clauses d'exonération totale ou partielle de responsabilité », in *memoriam Jean Limpens*, Kluwer, 1987, p. 167.

²⁰ Voy. cependant les conséquences qu'en tire M. COPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Story-Scientia, 1999, p. 190 et s., tout en reconnaissant la relativité de la distinction (p. 178 et s.).

²¹ Voy. les clauses citées et commentées par B. DUBUISSON: « Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, La Charte, 2001, p. 37 et s.

par les parties. Au total, l'exercice est complexe²². Sa portée est limitée : qu'il s'agisse de clauses allégeant les obligations ou de clauses élisives de responsabilité, les limites tirées de la nécessité de respecter l'obligation essentielle sont assez similaires²³. La loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce ne paraît d'ailleurs pas prêter une grande attention à la distinction.

Élargissons le propos. Même si elle est respectueuse de la situation contractuelle créée par les parties, la qualification ne permet pas, par sa seule rigueur, d'identifier avec certitude les obligations essentielles irréductibles²⁴. L'obligation de délivrance du bailleur est essentielle, dit-on. Il est tout de même permis au bailleur de la « modaliser », sans toutefois pouvoir s'en libérer totalement²⁵.

L'examen objectif de la nature du contrat et de l'obligation violée s'accompagne quasi inéluctablement d'une appréciation plus concrète du comportement du débiteur bénéficiaire de la clause et du préjudice que celui-ci cause au créancier de l'obligation inexécutée, ce qui détermine, après coup, le caractère essentiel ou non de l'obligation violée. Ce mélange d'appréciation abstraite, centrée sur l'objet de l'obligation ou du contrat, et de casuistique tenant compte, explicitement ou implicitement, des répercussions que le jeu de la clause a sur la situation du créancier au regard du préjudice qu'il a subi explique, à notre avis, l'incertitude qui se dégage du bref aperçu jurisprudentiel donné ci-après²⁶.

²² La jurisprudence relative à la validité des clauses par lesquelles des garagistes ou des exploitants d'emplacements de parkings tentent de ne pas répondre du vol, de la perte ou de la détérioration de l'objet confié le montre amplement. Cette jurisprudence oscille entre contrat de dépôt et contrat de bail, le premier étant plus exigeant que le second en ce qui concerne la restitution de l'objet confié. Pour une analyse, voy. V. SAGAERT, *Parking-en garagecontracten*, Die Keure, 2001, p. 128 et s.

²³ La doctrine unanime relativise la portée de la distinction en soulignant qu'elle est plutôt dogmatique et qu'il n'est pas possible de s'affranchir de ses obligations au mépris de l'économie même de la convention. Voy. E. DIRIX, « Exoneratiebedingen » T.P.R., 1988, p. 1173 et s. et les exemples cités.

²⁴ En matière d'ordres de virement, l'automatisation des ordres a transformé les contrôles des banquiers, suscitant de nouvelles questions sur le caractère essentiel ou non de certaines obligations telles que la vérification de concordance du nom du bénéficiaire et de son numéro de compte. À ce sujet, X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, P.U. Namur, 1996, p. 181 et s.

²⁵ Cass., 17 juin 1993, *Pas.*, 1993, I, 582 et s. et concl. av. gén. JANSSENS de BISTHOVEN; Mons, 26 juin 1997, R.R.D., 1997, p. 433 et s. (appliquant les articles 31 et 32, 11 de la loi du 14 juillet 1991 à une location de véhicule). Voy. en outre les exemples cités par B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 70 et s.

²⁶ Comp. Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Paris, LGDJ, 2000, p. 350 et s., opposant qualification abstraite et qualification concrète.

Chapitre II

L'AFFIRMATION PRUDENTE DE L'OBLIGATION ESSENTIELLE EN DROIT BELGE

6. Dans son arrêt du 25 septembre 1959, la Cour de cassation belge affirme qu'« en dehors des cas où la loi en dispose autrement et de celui où l'obligation contractée en serait anéantie, les parties à un contrat peuvent valablement convenir d'avance que le débiteur ne répondra pas de la faute, même intentionnelle, de ses préposés »²⁷. À la fin de la note qu'il consacre à la validité des clauses d'exonération relatives au dol et à la faute lourde²⁸, Jean Dabin s'interroge sur la portée de la restriction tirée de l'anéantissement de l'obligation contractée quand on l'applique à des clauses exonératoires de la faute volontaire des préposés.

Une réponse lui est fournie par le tribunal de commerce de Verviers statuant précisément sur renvoi, suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 25 septembre 1959. Le juge annule la clause par laquelle le débiteur s'exonère des conséquences dommageables découlant des fautes, même lourdes, commises par un de ses préposés, au motif qu'« en s'exonérant de la sorte [...], la défenderesse vidait de toute substance objective son engagement de transport sur l'efficacité et l'utilité duquel le demandeur était en droit de compter »²⁹.

7. La règle énoncée par l'arrêt du 25 septembre 1959, selon laquelle on ne peut anéantir l'obligation contractée par une clause exonératoire, a été confirmée à plusieurs reprises par la Cour de cassation³⁰. Les juges du

²⁷ *Pas.*, 1960, I, 113 et s. (118); R.C.J.B., 1960, p. 10 et s., note J. DABIN.

²⁸ La note est précisément intitulée « De la validité des clauses d'exonération de responsabilité en matière contractuelle, couvrant 1^{re} la faute lourde du débiteur, 2^e la faute lourde ou intentionnelle des préposés ».

²⁹ Comm. Verviers, 26 octobre 1961, *Pas.*, 1961, III, 100 et s. (102).

³⁰ Cass., 23 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, 347 et s. (cet arrêt considère comme légalement justifiée la décision du juge du fond qui, tout en reconnaissant que l'obligation de fournir du courant aux abonnés est de résultat, donne effet à une clause exonératoire en considérant implicitement (nous soulignons) que ladite clause ne détruisait pas l'objet de l'engagement); Cass., 27 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, 82 et s. Sur la jurisprudence antérieure à l'arrêt du 25 septembre 1959, voyez les conclusions de l'avocat général MAHAUX précédant l'arrêt et celles du premier avocat général SOENENS, avant Gand, 28 février 1929, B.J., 1929, col. 549 et s.

fond souscrivent à cette règle de base selon une terminologie flottante³¹ qui tantôt se réfère au contrat, tantôt se réfère à l'obligation.

Une partie de la jurisprudence déclare nulles ou inefficaces les clauses qui ont pour effet de détruire l'objet du contrat³², qui sont contraires à l'essence du contrat³³, le privent de tout sens ou de toute signification³⁴, le vident de sa substance³⁵, lui ôtent son utilité³⁶ ou encore, qui portent atteinte à l'économie du contrat³⁷.

D'autres décisions, plus fidèles à la terminologie utilisée par la Cour de cassation, analysent la validité de la clause par rapport à l'obligation à laquelle elle se rapporte. Elles annulent les clauses qui portent atteinte à une obligation essentielle du contrat³⁸, qui détruisent l'objet de l'obligation³⁹ ou qui ont pour résultat « d'anéantir l'essentiel de l'obligation contractée »⁴⁰.

³¹ Pour un examen complet, S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, p. 733, n° 128; E. MONTERO, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 421 et s.

³² Civ. Liège, 29 juin 1976, *J.L.*, 1976-1977, p. 275; Gand, 4 juin 1986, *Computerrecht*, 1986/4, p. 265 et s., note VAN HOECKE; Civ. Nivelles, 12 février 1990, *R.G.A.R.*, 1991, n° 11842 (se référant à l'objet principal du contrat). Comp. Liège, 19 octobre 1993, *R.D.C.*, 1994, p. 702 et s. et Liège, 13 avril 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 98 et s. (affaires *Promédia*); *adde* Bruxelles, 7 mars 1996, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12871.

³³ Bruxelles, 10 avril 1986, *Dr. inform.*, 1986, 232, note Y. POULLET; Comm. Bruxelles, 24 septembre 1986, *R.G.A.R.*, 1988, n° 11387. Le tribunal annule, sur la base de l'article 6 du Code civil, une clause d'exonération qui, *compte tenu des circonstances dans lesquelles elle a été stipulée*, porte atteinte à l'essence même du contrat.

³⁴ Gand, 20 mai 1999, *R.G.D.C.*, 2000/5, p. 320 et s.

³⁵ Comm. Bruxelles, 15 décembre 1972, *J.C.B.*, 1973, I, p. 351; Comm. Verviers, 26 octobre 1961, *Pas.*, 1961, III, 100 et s. (précité).

³⁶ Bruxelles, 22 janvier 1993, *R.G.A.R.*, 1995, n° 12491. Dans le même sens, J.P. Liège, 20 novembre 1997, *R.G.D.C.*, 2000/8, p. 562 (décisions prononçant la nullité de clauses limitant la responsabilité, en cas de perte de film, au remplacement par un film vierge).

³⁷ Comm. Bruxelles, 15 décembre 1972, *J.C.B.*, 1973, I, p. 351. Selon le tribunal, une clause exonérant totalement le transporteur du chef de pertes ou d'avaries pouvant faire l'objet d'une assurance, a pour effet de dénaturer la portée du contrat conclu entre parties et modifie complètement l'économie du contrat de transport; Liège, 19 janvier 1989, *R.G.A.R.*, 1992, n° 11399.

³⁸ Voy., à propos de clauses exonératoires relatives au contrôle, par les banques, des ordres de paiement, les appréciations divergentes dans Comm. Bruxelles, 3 novembre 1992, *R.D.C.*, 1993, p. 992; Mons, 29 mars 1999, *R.G.D.C.*, 2001/2, p. 76 et s., note R. STEENNOT; Comm. Bruxelles, 25 mars 1997, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 258 et s., note E. MORTIER.

³⁹ Gand, 20 mai 1992, *R.G.D.C.*, 1993, p. 451 et s.

⁴⁰ Mons, 13 février 1985, *R.R.D.*, 1986, p. 239 et s. (affaire *Promédia*).

Depuis la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, pareille jurisprudence peut s'appuyer sur des dispositions sanctionnant spécifiquement les clauses abusives. L'article 31 définit la clause abusive de façon générale à partir du déséquilibre manifeste que la clause, le cas échéant combinée à d'autres, crée entre les droits et les obligations des parties. L'article 32.11 interdit les clauses qui ont pour objet de libérer le vendeur de sa responsabilité du fait de toute inexécution d'une obligation consistant en une des prestations principales du contrat⁴¹.

Cette disposition, tout en s'inspirant de la jurisprudence antérieure, ne fait pas référence à l'essence de l'obligation ou du contrat. La clause condamnée par l'article 32.11 est celle qui exonère le débiteur de sa responsabilité à raison de l'inexécution d'une prestation principale du contrat. Ceci évoque inmanquablement le critère, connu en droit international privé, de la prestation caractéristique du contrat. Cette expression vise la ou les prestations (non monétaires) qui donnent au contrat son caractère propre et permettent de déterminer la loi applicable aux obligations contractuelles en cas de conflit de lois. Ce critère est consacré à titre subsidiaire par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles (art. 4, § 2).

8. Comme toute notion fondamentale, l'obligation essentielle a des contours incertains. Il n'est pas possible, à notre avis, de la définir avec précision une fois pour toutes⁴². La jurisprudence belge en a fait une utilisation mesurée⁴³. Son destin en droit belge est, somme toute, paisible si on se rappelle les flots d'encre que la validité des clauses d'exonération à raison du dol et de la faute lourde continue de faire couler⁴⁴.

Certes, la terminologie utilisée est instable. Cette instabilité est due en premier lieu à la polysémie qui affecte la notion d'objet visée à l'article 1108 du Code civil⁴⁵. Elle recouvre à la fois l'objet de l'obligation que le

⁴¹ E. MONTERO (*op. cit.*, p. 429) estime que l'article 32, 27 aboli, dans les contrats conclus avec les consommateurs, la distinction entre obligations essentielles et non essentielles puisqu'il interdit les clauses supprimant ou limitant de façon inappropriée (?) les droits du consommateur en cas d'inexécution par le vendeur d'une quelconque de ses obligations contractuelles.

⁴² En désespoir de cause, L. FIN-LANGER (*L'équilibre contractuel*, Paris, LGDJ, 2002, p. 141) se demande si l'obligation fondamentale ne se confond pas avec la prestation désignant, de façon plus concrète, la chose due ou l'activité attendue du débiteur.

⁴³ Comp. E. DIRIX, « Exoneratiebedingen », *T.P.R.*, 1988, p. 1191 et s.

⁴⁴ Voy. notamment, outre la note de DABIN sous l'arrêt du 25 septembre 1959, les études citées sous les n° 5 et 6.

⁴⁵ Voy. l'analyse de P.-A. FORIERS, « L'objet et la cause du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Éd. du Jeune Barreau, Bruxelles, 1984, p. 101 et s.

contrat fait naître et l'objet du contrat lui-même. Cette dernière notion, plus controversée, désigne l'objet de l'obligation principale ou caractéristique que le contrat fait naître et autour de laquelle s'ordonne son économie. Cette conception met en évidence, à travers la notion d'objet, l'opération juridique spécifique que les parties cherchent à réaliser et l'utilité qu'elles s'attendent à en retirer⁴⁶.

Nous pensons que les glissements de terminologie relevés plus haut sont significatifs parce qu'ils manifestent des différences d'accent. La nature, la substance ou l'essence renvoient à l'examen, le plus objectif possible, de l'obligation et du contrat en tant que tels.

L'économie du contrat est une notion plus ambiguë que des études récentes se sont efforcées de mieux cerner⁴⁷. Elle peut désigner l'agencement cohérent du contrat prévu par les parties, l'organisation structurée de son contenu en fonction du but qu'elles poursuivent. Mais la notion sert aussi à désigner l'équilibre économique des prestations bouleversé par une hypothèse d'imprévision survenue *ultérieurement* à la formation du contrat⁴⁸.

La même ambiguïté affecte la notion d'utilité qui transcende, elle aussi, la distinction traditionnelle entre formation et exécution du contrat. Amplifiant l'enseignement de la Cour de cassation qui interdit à une clause d'anéantir l'objet de l'obligation, la doctrine belge affirme « la non-validité des clauses qui privent le contrat d'objet ou d'utilité »⁴⁹.

Cette utilité peut certes s'apprécier *ex ante*, mais la tentation est grande de l'apprécier *ex post*, lors de l'exécution du contrat, une fois que la violation de celui-ci est consommée et qu'il faut décider si la clause peut ou non paralyser la revendication du créancier victime de l'inexécution⁵⁰.

⁴⁶ Cette conception large de l'objet, qui permet une classification des contrats, concurrence la « cause catégorique » qui identifie différents types de contrats à partir de mobiles abstraits spécifiques à chacun d'eux. Voy. J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 131 et s.

⁴⁷ Voy. surtout L. FIN-LANGER, *op. cit.*, p. 160 et s.

⁴⁸ D. PHILIPPE, « Économie contractuelle, cause, erreur et interprétation du contrat », in *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Deurne, Kluwer, 2002, p. 295 et s.

⁴⁹ Voy. p. ex. M. COPEL, *op. cit.*, p. 189. Le texte cité est l'intitulé du paragraphe 3. Le corps du texte utilise les notions plus étroites de contenu obligationnel, d'obligation et d'engagement.

⁵⁰ En matière d'inexécution du contrat, l'utilité économique que le créancier peut encore retirer de la poursuite de l'exécution du contrat est le critère que retient S. Stijns pour apprécier la gravité du manquement susceptible de justifier la résolution. S. STIJNS, « La résolution pour inexécution en droit belge: conditions et mise en œuvre », in *Les sanctions...*, *op. cit.*, p. 561 et s.

9. Le mélange d'appréciation *ex ante* et *ex post* explique la diversité des décisions rendues par différentes juridictions ayant à se prononcer sur la validité de la même clause d'exonération⁵¹.

La doctrine belge enregistre cette diversité sans la condamner outre mesure⁵². Il y a lieu, à notre avis, d'émettre des réserves sur l'application incontrôlée du principe de l'exécution de bonne foi pour rendre inefficaces des clauses *a priori* correctes⁵³. L'abus de droit en matière contractuelle peut certes compléter la panoplie des moyens pour combattre les déséquilibres dans les relations contractuelles, mais il reste l'exception. Il doit être caractérisé *in concreto*, au regard des circonstances de l'exécution en l'espèce⁵⁴. C'est une démarche différente de celle qui caractérise la recherche de l'obligation essentielle. La sanction d'un abus de droit contractuel n'est d'ailleurs pas la nullité de la clause utilisée abusivement. Nous ne pensons pas que le fondement de l'interdiction d'anéantir l'obligation contractée réside dans le principe de l'exécution de bonne foi⁵⁵. Ce principe ne constitue pas comme tel une limite générale à la validité des clauses restrictives ou limitatives de responsabilité même s'il peut, en fonction des circonstances de l'espèce, en paralyser l'efficacité.

Ces interrogations sur le fondement de l'interdiction, guidées notamment par le souci de limiter la nullité à la clause elle-même⁵⁶ sans l'étendre à tout le contrat, ont perdu une bonne partie de leur intérêt depuis la

⁵¹ On vise notamment les différentes affaires *Promédia* où était en jeu la validité d'une clause composée pour partie d'une exonération de responsabilité (sauf à raison du dol) et pour partie d'un allègement des obligations de l'éditeur d'annuaires téléphoniques (qualification en obligations de moyens). *A priori*, la clause était valable, mais les juridictions se sont divisées. Mons, 13 février 1985, R.R.D., 1986, p. 239 et s. (confirmation de la décision du premier juge estimant que la clause devait être réputée non écrite parce qu'elle peut avoir pour résultat d'anéantir l'essentiel de l'obligation contractée). Dans le même sens, Comm. Bruxelles, 29 juillet 1993, J.L.M.B., 1993, p. 1437. *Contra*: Liège, 19 octobre 1993, R.D.C., 1994/8, p. 702, validant la clause à raison de l'ampleur du travail à effectuer inévitablement génératrice d'imperfections. La juridiction liégeoise a toutefois annulé la même clause pour des motifs tirés de la qualité de professionnel de l'annonceur: Liège, 13 avril 1995, J.L.M.B., 1996, p. 98. Comp. Liège, 25 janvier 1996, J.L.M.B., 1996, p. 520 et Liège, 17 octobre 1997, R.G.D.C., 1998/4-5, p. 354. Pour un commentaire de cette jurisprudence, B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 66 et s.

⁵² B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 67 et s.; M. COPEL, *op. cit.*, p. 192.

⁵³ V. p. ex. Gand, 4 juin 1986, *Computerrecht*, 1986/4, p. 256 et s. note K. VAN HOECKE; Civ. Bruxelles, 27 novembre 1992, J.L.M.B., 1994, p. 1001, note F. JONGEN.

⁵⁴ Ce point est souligné avec insistance par P. VAN OMMESELAGHE, « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGD, 2001, p. 899 et s.

⁵⁵ Comp. E. MONTERO, *op. cit.*, p. 421 et s.

⁵⁶ Clairement, R. KRUITHOF, « Contractuele aansprakelijkheidsregelingen », T.P.R., 1984, p. 280 et s.

loi du 14 juillet 1991 qui, en son article 33 ; § 1^{er}, proclame la nullité de la clause abusive tout en affirmant le maintien du contrat, « s'il peut subsister sans les clauses abusives ». La précision n'est pas inutile car une obligation essentielle, par nature ou par contrat, est déterminante du consentement des parties. La nullité de la clause devrait normalement entraîner la nullité de tout le contrat⁵⁷, ce qui n'est pas souhaitable.

En bref, malgré les incertitudes qui entourent la notion et son application à des situations concrètes, l'obligation essentielle ne suscite pas en droit belge de débats passionnés ou des remises en cause véritables. Le droit français et le droit anglais offrent une image plus tourmentée.

Chapitre III

LE SORT CONTRASTÉ DE L'OBLIGATION ESSENTIELLE EN DROIT COMPARÉ

10. Une comparaison correcte supposerait un examen complet des droits français et anglais⁵⁸, tenant compte à la fois des différences dans les systèmes et dans la mentalité des acteurs qui créent et appliquent le droit. La nécessité d'être succinct nous conduit à souligner les contrastes et à sélectionner les arguments, abstraits du contexte qui leur donne leur portée réelle.

Relevons d'abord un paradoxe dans un système dit de *case law* où la jurisprudence se voit reconnaître un rôle créateur de droit : si la doctrine du *fundamental breach* a été mise à l'écart par la House of Lords, c'est en partie parce que les juges anglais, en 1980, ne se sentaient plus autorisés à étendre leur pouvoir de contrôle sur les clauses abusives alors que leur législateur était intervenu dès 1977 par l'Unfair Contract Terms Act⁵⁹. Cette législation spécifique définit les conditions et la portée du contrôle judiciaire sur les clauses de non-responsabilité ayant un caractère abusif.

⁵⁷ En ce sens, L. CORNÉLIS, « Les clauses exonératoires de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation », R.C.J.B., 1981, p. 209 n° 15. L'argument tiré du consentement des parties est toutefois assez fragile car les parties n'ont généralement pas de volonté précise à ce sujet, sauf dans le cas où la clause d'exonération est consentie au débiteur de l'obligation en contrepartie de conditions économiquement avantageuses (réduction de prix, ...)

⁵⁸ Pour une étude de ce type, R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, Paris, LGDJ, 2000.

⁵⁹ R. SEFTON-GREEN, *op. cit.*, p. 159 et s.

La loi anglaise est centrée sur la protection des consommateurs, mais elle bénéficie aussi aux professionnels quand ils contractent sur la base des clauses types imposées par l'autre partie⁶⁰. Ce n'est pas le cas de la loi française centrée sur la protection du consommateur. Ceci donne une première explication à la divergence des jurisprudences respectives.

11. L'arrêt *Chronopost*, qui a fait couler tant d'encre en doctrine française, concernait un contrat entre professionnels échappant aux dispositions de la loi du 1^{er} février 1995 sur les clauses abusives et la présentation des contrats.

Chronopost, société de distribution rapide du courrier, insère, dans ses conditions générales, une clause selon laquelle sa responsabilité, en cas de non-respect des délais de livraison de son fait, est limitée au prix du transport, soit 122 FF. La société Bauchereau se voit déboutée de sa demande en indemnisation par la cour d'appel de Rennes qui applique la clause limitative, la preuve de la faute lourde de Chronopost n'ayant pas été apportée⁶¹. Saisie d'un pourvoi contre cet arrêt, la chambre commerciale de la Cour de cassation française considère « qu'en statuant ainsi alors que, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Bauchereau dans un délai déterminé et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé le texte susvisé »⁶².

12. Cet arrêt a fait l'objet de commentaires généralement critiques⁶³. Il est le point d'orgue d'une évolution de la jurisprudence française⁶⁴.

⁶⁰ H. CHITTY, *On contracts*, Londres, Sweet & Maxwell, 1989, 982, et part. 990.

⁶¹ Le droit français, contrairement au droit belge, assimile le dol et la faute lourde et considère comme inefficaces les clauses exonératoires ou limitatives en cas de dol ou de faute lourde du débiteur.

⁶² Cass. fr. (com.), 22 octobre 1996, D., 1997, Jur. p. 121, note A. SERIAUX. Le texte dont question est celui de l'article 1131 du Code civil.

⁶³ En particulier, C. LARROUMET, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », D., 1997, Chron., p. 145. Critique également, mais plus pondérée, A. SERIAUX, note sous l'arrêt précité p. 123 ; M. FABRE-MAGNAN, obs. J.C.P., 1997, I, 4002 ; J. MESTRE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 418. Favorables à l'arrêt, PH. DELEBECQUE et D. MAZEAUD, « Les clauses de responsabilité ... », in *Les sanctions...*, *op. cit.*, p. 380 et s. Pour une synthèse critique de l'ensemble des arguments pour et contre, R. SEFTON-GREEN, *op. cit.*, p. 158 et s.

⁶⁴ Sur l'ensemble de cette évolution, voy. J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 170 et s. ; R. SEFTON-GREEN, *op. cit.*, p. 148 et s.

Dans un premier temps, l'obligation essentielle a été le fondement sous-jacent d'une série de décisions qui, officiellement, renaient le critère de la faute lourde du débiteur pour priver d'efficacité les clauses exonératoires de responsabilité⁶⁵.

Dans une deuxième étape, la violation d'une obligation essentielle du contrat devient un critère de définition explicite de la faute lourde. Celle-ci est alors entendue de façon objective, par référence à la nature de l'obligation violée, plus que par référence à la gravité du comportement du débiteur contractuel⁶⁶. Cette définition objective de la faute lourde est partagée par certains auteurs belges qui y voient « la méconnaissance d'une obligation essentielle, détruisant l'économie même du contrat »⁶⁷.

L'interdiction d'anéantir l'obligation contractée permet donc de combler la zone de liberté que la Cour de cassation belge concède en principe aux débiteurs contractuels en leur laissant la possibilité de s'exonérer de la faute lourde⁶⁸.

13. À défaut de faire l'unanimité, l'arrêt *Chronopost* se signale par plusieurs traits originaux. La Cour de cassation française se réfère directement à l'obligation essentielle ou fondamentale du contrat pour écarter une clause limitative de responsabilité. L'obligation essentielle devient une limite autonome au jeu des clauses d'allègement de la responsabilité, exonératoires et limitatives⁶⁹. La limite est sérieuse car l'obligation peut être essentielle par nature, au regard de sa position dans le type de contrat en

cause, ou se voir élevée à ce rang par la volonté des parties⁷⁰. La clause annihilée est une clause limitative de responsabilité. Ceci surprend car, hormis stipulation d'un montant dérisoire, une telle clause ne devrait pas vider le contrat de toute substance⁷¹. Plus fondamentalement, c'est au nom de la cause que la Cour de cassation française répute non écrite la clause limitative de responsabilité, l'arrêt étant rendu sous le visa de l'article 1131 du Code civil.

14. Le terrain de la cause est un terrain miné. Nous n'y faisons qu'une prudente incursion. On peut trouver la décision de la Cour « éminemment intéressante »⁷² en ce qu'elle relie explicitement la cause à l'obligation essentielle du contrat et à son minimum typique irréductible. « Le contrat est nul en somme pour contradiction interne ; il déclare les retards peu dommageables, alors qu'il a fait sa raison d'être, sa cause (sa publicité) du transport rapide », écrit J. Carbonnier⁷³. De la cause comme raison d'être, on peut glisser vers une conception de la cause requérant une certaine équivalence des prestations effectuées en vertu du contrat. L'arrêt de la Cour peut être approuvé, s'il s'agit, par le truchement de la cause, de stigmatiser l'atteinte à la cohérence interne du contrat par une clause exonératoire ou limitative manifestement dérisoire. L'arrêt est toutefois ambigu : il s'appuie sur le manquement à l'obligation essentielle pour réputer la clause non écrite⁷⁴. À notre avis, et tout en gardant la prudence requise d'un observateur extérieur, l'arrêt *Chronopost* tend à apprécier la validité d'une clause exonératoire ou limitative à la lumière de la nature du manquement commis par le débiteur contractuel. Ce genre d'appréciation *ex*

⁶⁵ Voy. notamment, Cass. fr. (civ.), 11 octobre 1966, J.C.P. 1967, II, 15193, note G. DE LA PRADELLE (à propos de la faute lourde d'un marchand livrant des graines de betteraves fourragères au lieu de betteraves sucrières). Pour un commentaire, Ph. JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz Sirey, 1985, p. 288 et s.

⁶⁶ Voy. p. ex. Cass. fr. (civ.), 18 janvier 1984, *Rev. trim. dr. civ.*, 1984, p. 727, obs. J. HUET (faute lourde d'un responsable d'un bureau de loto qui n'avait pas rempli son obligation de faire parvenir le bulletin au centre de traitement) ; Cass. fr. (com.), 9 mai 1990, *Rev. trim. dr. civ.* 1990, p. 666, obs. P. JOURDAN (omission du numéro de téléphone d'un artisan dans l'édition d'un annuaire téléphonique, le manquement de l'éditeur étant qualifié de faute lourde à raison du caractère essentiel de l'obligation inexcusable).

⁶⁷ L. CORNELIS, « La faute lourde et la faute intentionnelle », *J.T.*, 1981, p. 514 et s.

⁶⁸ Le droit commun exprimé par la jurisprudence de la Cour de cassation belge est largement battu en brèche dans les relations entre « vendeurs » et consommateurs, puisque l'article 32.11 de la loi sur les pratiques du commerce considère comme abusive la clause qui libère le vendeur de sa responsabilité du fait de son dol ou de sa faute lourde.

⁶⁹ L'arrêt *Chronopost* n'est pas seul à illustrer cette tendance. Voy. aussi Cass. fr. (civ.), 23 février 1994, J.C.P. 1994, I, 3809 obs. G. VINEY.

⁷⁰ Sur cette distinction, voy. en particulier Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p. 279 et s. Dans un arrêt du 2 décembre 1997 (J.C.P. 1998, I, 144, p. 1097, obs. G. VINEY), la Cour écarte une clause évasive de responsabilité stipulée au profit d'une société de télésurveillance au motif que l'inexécution d'une obligation considérée par les parties comme une « condition substantielle » constitue une faute lourde. Dans cet arrêt, ultérieur à l'arrêt *Chronopost*, la Cour fait à nouveau le détour par la faute lourde.

⁷¹ En particulier sur ce point, la note précitée de D. SERIAUX. En doctrine belge, voy. les réflexions de M. COPEL, *op. cit.*, p. 192 et s.. La distinction entre clauses exonératoires et limitatives est, pour cet auteur, fondamentale au regard du critère de l'interdiction d'anéantir l'obligation essentielle du contrat. Elle perd en revanche de sa pertinence en cas de dol du débiteur qui doit entraîner l'inefficacité de toutes les clauses, exonératoires et limitatives, de responsabilité.

⁷² Selon l'expression de J. ROCHFELD dans son remarquable ouvrage précité (p. 173 et s.). *Contra*, les critiques acerbes de C. LARROUMET, *D.*, 1997, chron., p. 145.

⁷³ *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, P.U.F., 22^e éd., p. 336, n° 183. Voy. aussi p. 222, n° 113.

⁷⁴ Voy. à ce sujet, J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 442 et s.

post, sans doute inévitable⁷⁵, engendre tout de même pas mal d'incertitudes. Le sort de la clause risque de dépendre *in fine* du rapport qui existe entre le dommage concret subi par le créancier suite à l'inexécution du contrat et l'indemnité, plus ou moins généreuse, prévue par la clause. L'appréciation va devenir casuistique et son résultat ne sera guère prévisible⁷⁶. Sans prétendre y trouver la solution de toutes les difficultés, on pourrait songer à généraliser, à la formation du contrat, la pratique des notifications spéciales ou des déclarations par lesquelles le client révèle la valeur particulière de l'objet confié⁷⁷ ou attire l'attention du prestataire sur les conséquences d'un retard, même léger, dans l'exécution de l'obligation.

15. L'obligation essentielle a été rapprochée du *fundamental breach of contract* qui, sous l'influence de Lord Denning, a connu un certain succès en jurisprudence anglaise avant d'être rejeté en 1980 par la House of Lords⁷⁸. Le sens de l'expression n'est pas parfaitement clair, d'autant moins qu'elle tend à se confondre avec d'autres expressions à sonorité similaire (*fundamental term*)⁷⁹. Lord Denning en donne une définition dans l'affaire *Karsales v. Wallis*⁸⁰. Une société de financement entend

opposer à l'acquéreur d'une voiture une clause selon laquelle elle ne répond pas du véhicule livré⁸¹. La voiture, en bon état lors de son examen par le preneur, lui est livrée ultérieurement dans un état lamentable. Assigné en paiement des loyers par la société de financement qui se prévaut de la clause, l'acquéreur invoque l'inexécution de son obligation fondamentale par le bailleur de crédit. Selon Lord Denning, « Notwithstanding earlier cases which might suggest the contrary, it is now settled that exempting clauses of this kind, no matter how widely they are expressed, only avail the party when he is carrying out his contract in its essential respects. He is not allowed to use them as a cover for misconduct or indifference or to enable him to turn a blind eye to his obligations. They do not avail him when he is guilty of a breach which goes to the root of the contract »⁸².

16. Cette décision montre clairement que l'inefficacité de la clause est déterminée par l'inexécution d'une obligation qui porte atteinte à l'essence (*root*) du contrat. À nouveau, restons prudent en tant qu'observateur extérieur car la matière est complexe même pour les juristes de *common law*. La doctrine du *fundamental breach*, dont le sens exact a fait l'objet de discussions, part de l'idée qu'une violation substantielle du contrat, une atteinte à sa racine, prive le débiteur du droit d'invoquer une clause élisive de responsabilité. L'intuition est claire, mais la doctrine des juges et des auteurs anglais est un peu touffue. L'expression *fundamental breach* suggère que c'est l'inexécution qui est grave et fondamentale, ce qui est différent d'un *breach of a fundamental term*⁸³. Selon M^{me} Sefton-Green, les deux concepts se rejoignent largement en droit anglais⁸⁴. De l'atteinte que l'inexécution porte à la substance du contrat, on glisse, semble-t-il, à l'idée qu'il existe dans celui-ci un noyau dur d'obligations essentielles. En théorie toutefois, le *fundamental term* relève plutôt d'une interprétation du contrat lui-même alors que le *fundamental breach* concerne l'exécution gravement déficiente de celui-ci.

⁷⁵ Une appréciation *ex post* est inévitable pour juger de la validité d'une clause au regard de l'interdiction de s'exonérer de son dol (et de sa faute lourde). Comme le souligne M. COIPEL (op. cit., p. 186 et s.), une clause d'exonération explicite à raison du dol est naturellement très rare. En revanche, nous pensons qu'une appréciation *ex ante*, principalement centrée sur le contrat lui-même et sur son contenu, se justifie au regard de l'interdiction de s'exonérer d'une obligation essentielle.

⁷⁶ Comp. les réflexions de Ph. STOFFEL-MUNCK, op. cit., p. 382 et s.

⁷⁷ Le contentieux relatif à la perte de pellicules photographiques est abondant. Les jurisprudences, tant belge que française, annulent généralement les clauses par lesquelles les professionnels limitent leur responsabilité vis-à-vis de consommateurs à la restitution de films vierges ou à leur contre-valeur. En jurisprudence française, voy. l'arrêt particulièrement intéressant de la Cour de cassation du 17 juillet 1990, J.C.P., 1991, II, 21674, note G. PAISANT (la possibilité pour le client de procéder à une déclaration purge de son caractère abusif la clause limitant la responsabilité du prestataire à la valeur des pellicules de remplacement).

⁷⁸ De façon plus précise, la House of Lords considère depuis 1980 que la doctrine du *fundamental breach* n'est pas une règle de droit (*rule of law*) comme l'aurait souhaité Lord Denning. Elle est une simple règle d'interprétation (*rule of construction*) selon laquelle une clause d'exonération ne s'applique pas en principe en cas de *fundamental breach*, sauf si la clause querellée prévoit expressément le contraire.

⁷⁹ P. S. ATIYAH (An introduction to the law of contract, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 178 et s.) examine cette matière dans le chapitre consacré aux devoirs contractuels classés en fonction de leur nature : *conditions, warranties, intermediate terms* et *fundamental terms*.

⁸⁰ (1956), 1 WLR 936. Pour une synthèse de la jurisprudence anglaise, CHITTY, op. cit., 958 et s.

⁸¹ La clause stipulait précisément : « No condition nor warranty that the vehicle is roadworthy, or as to its age, condition or fitness for any purpose is given by the owner or implied herein. » La clause, très large, était insérée dans un contrat de crédit-bail.

⁸² *Karsales v. Wallis*, p. 940 et s.

⁸³ L'affaire se complique quand on sait qu'une partie de la doctrine anglaise considère que les *fundamental terms* ne constituent pas une catégorie autonome de stipulations contractuelles, à côté des *conditions, warranties* et des *intermediate terms*. Comp. CHITTY, 787 et s. et P. S. ATIYAH, op. cit., p. 188 et s.

⁸⁴ Op. cit., p. 110. Comp., toutefois, p. 130 où l'auteur confronte systématiquement *fundamental term* et *fundamental breach*.

Il est significatif que le *fundamental breach* ait inspiré la contravention essentielle⁸⁵ définie par l'article 25 de la Convention de Vienne. La contravention essentielle est appréciée d'abord en fonction du préjudice dont le caractère substantiel va déterminer et, le cas échéant, ébranler l'intérêt que le créancier conserve à l'exécution ultérieure du contrat⁸⁶. C'est, à notre avis, au moment où la contravention est commise que l'appréciation s'opère. Celle-ci a un caractère objectif et presque matériel. Il n'est pas exclu que la violation d'une obligation accessoire puisse constituer une contravention essentielle ou, selon la terminologie utilisée en jurisprudence belge, un manquement grave⁸⁷. Le centre de gravité est moins l'économie de la convention que l'atteinte portée aux attentes légitimes du créancier lésé par l'inexécution dommageable de l'obligation.

17. La théorie du *fundamental breach*, après avoir suscité des réserves de la House of Lords dans l'affaire *Suisse Atlantique*⁸⁸ notamment à cause de son caractère aléatoire, a trouvé son épilogue dans *Photo Production Ltd. v. Securicor*⁸⁹. Dans cette affaire, la House of Lords, censurant la décision de la Cour d'Appel présidée par Lord Denning, affirme la validité d'une clause (largement rédigée) par laquelle une société de gardiennage s'exonérât des manquements de ses employés⁹⁰.

Les réflexions de Lord Wilberforce, qui en profite pour régler ses comptes avec Lord Denning, soulignent que la théorie du *fundamental breach*, d'une précision douteuse, a perdu sa raison d'être depuis l'Unfair Contract Terms Act de 1977. À partir du moment où celui-ci précise les

⁸⁵ Pour des nuances, M. VANDERMERSCH, *op. cit.*, p. 576 et s. Pour une comparaison des notions d'obligation fondamentale et de contravention essentielle, R. SEFTON-GREEN, *op. cit.*, p. 247 et s.

⁸⁶ Pour un exemple, Grenoble, 22 février 1995, *J.D.I.*, 1995, p. 632, note Ph. KAHN. Voy. aussi les sommaires commentés (sous la dir. de C. WITZ), *D.*, 1997, p. 226; *D.*, 2002, p. 339 et s.

⁸⁷ M. Fontaine, dans une étude pénétrante (« La mise en œuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive », *R.C.J.B.*, 1991, p. 15 et s.), a montré l'ambiguïté de cette notion.

⁸⁸ *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime s.a. v. Rotterdamsche Kolen Centrale* (1966) 2 W.L.R. 945; (1967) 1 A.C. 361. Pour une analyse détaillée, R. SEFTON-GREEN, *op. cit.*, p. 127 et s. L'affaire est intéressante car elle fait apparaître qu'une clause, de surestaries en l'occurrence, fixant un forfait par jour de retard dans un contrat d'affrètement peut, selon l'angle et l'ampleur des dommages causés au créancier, être vue comme une clause pénale ou une clause limitative de responsabilité.

⁸⁹ (1980) 1 All E.R. 556; (1980) A.C. 827.

⁹⁰ L'employé, au mépris de la prudence la plus élémentaire, avait fait un petit feu, ce qui avait entraîné l'incendie de toute l'usine qu'il avait pour mission de surveiller.

clauses qu'il estime inéquitable et les contrats auxquels il s'applique, le juge n'a pas à se substituer au législateur en élaborant des théories aux contours pour le moins incertains. Les parties restent libres de répartir les risques comme elles l'entendent. Lord Wilberforce souligne par une question l'incertitude de la théorie du *fundamental breach* : « What, for example, would have been the position of Photo Productions' factory if instead of being destroyed, it had been damaged, slightly or moderately or severely? At what point does the doctrine decide, *ex post facto*, that the breach was (factually) fundamental before going on to ask whether legally it is to be regarded as fundamental? » Le prix modique demandé par la société de gardiennage en contrepartie des services rendus est également retenu par le juge, à l'appui du maintien de la clause, ce qui montre l'incidence de l'équilibre économique des prestations sur la solution retenue. Cette prise en compte de l'équilibre économique des prestations pour juger de l'efficacité d'une clause exonératoire n'est en principe pas admise ni en droit belge ni en droit français, encore que l'arrêt *Chronopost*, malgré sa brièveté, laisse place à l'idée de cause contre-valeur.

Chapitre IV

OBLIGATION ESSENTIELLE ET POLICE DU CONTRAT

18. L'interdiction d'anéantir l'obligation essentielle du contrat est une technique de régulation qui s'insère dans un ensemble, de plus en plus vaste et complexe, de restrictions législatives et jurisprudentielles à la liberté contractuelle. Il s'agit de définir, pour la situation contractuelle en cause, un minimum obligatoire incompressible. Souvent invoquée, la nature des choses ou du contrat ne fournit qu'une justification fragile et instable.

La qualification, qui permet d'identifier l'obligation essentielle, est un exercice à la fois dogmatique et casuistique qui laisse peu de place à la nature des choses. Une qualification se construit en fonction des effets juridiques jugés souhaitables. La démarche peut être féconde quand elle aboutit à soumettre la situation créée par les parties à un contrat dont le régime juridique est suffisamment riche et éprouvé pour qu'on puisse en dégager l'essentiel avec un minimum de certitude. Qu'elle fasse ou non le détour formel par une qualification contractuelle explicite, la jurisprudence sélectionne, plus qu'elle ne découvre, les éléments juridiquement pertinents d'une situation donnée pour tenter de trouver un régime

contractuel cohérent, juste et utile, où la liberté des parties n'entraîne pas un déséquilibre excessif de leurs rapports.

Quand la jurisprudence, belge ou française, identifie une obligation qu'elle considère comme essentielle au regard d'un type de contrat ou d'une situation contractuelle donnée, elle met en œuvre une politique de protection de la partie faible. Plus largement, elle préserve l'intérêt au contrat de la partie créancière des obligations qu'il fait naître. L'intervention jurisprudentielle peut forcer le contrat et greffer sur celui-ci des obligations annexes. L'exemple le plus net en est l'obligation de sécurité. Le respect de l'intégrité physique du partenaire contractuel est évidemment fondamental, mais, dans bien des cas, il découle plus d'une norme générale de bon comportement que du contrat *stricto sensu*, de sa qualification ou de son objet principal.

Le caractère politique de l'intervention jurisprudentielle ressort de la confrontation, même sommaire, des jurisprudences française et anglaise. Contrairement à leurs collègues français, les juges anglais ont mis la doctrine du *fundamental breach* sous le boisseau, notamment parce qu'ils ont estimé qu'en dehors des restrictions légalement prévues, il fallait sauvegarder la liberté des parties dans l'aménagement conventionnel des risques d'inexécution. D'un point de vue comparatiste, il est intéressant de souligner la retenue des juges anglais, dans un système à dominante jurisprudentielle, alors que leurs collègues continentaux, en théorie bridés par la loi, prennent parfois avec celle-ci des libertés telles qu'on a parlé de « légisprudence ».

19. Une politique juridique doit se justifier. L'interdiction d'anéantir l'obligation essentielle du contrat peut se fonder sur la nécessité de préserver les conditions essentielles de validité de celui-ci. L'objet du contrat ou de l'obligation constitue une justification privilégiée par la jurisprudence belge. Cette justification nous paraît heureuse. Malgré tous les efforts de clarification doctrinaux, la cause reste une notion discutée et très polysémique. Plus stable, la théorie de l'objet fournit une base juridique qui ne manque pas de virtualités. L'objet du contrat ne doit pas être compris dans un sens trop matériel. Pour avoir un objet véritable, le contrat doit avoir une utilité pour les parties qui le concluent. Il est significatif que la doctrine et la jurisprudence belges condamnent, souvent dans le même élan, les clauses de non-responsabilité qui détruisent l'objet même du contrat ou lui enlèvent toute utilité. Cette conception de l'objet permet d'y rapatrier la lutte contre les clauses abusives. Bon nombre des clauses que la loi du 14 juillet 1991 répute non écrites dans son article 32

sont des clauses dont l'application enlèverait à la partie qui la subit l'intérêt ou l'utilité qu'elle est en droit d'attendre du contrat.

20. En pratique, il n'est pas facile de déterminer si une clause de non-responsabilité détruit l'objet du contrat, le vide de sa substance ou le prive de toute utilité. Prudente, la doctrine indique que le juge apprécie « en fait », « selon les circonstances de l'espèce », dans quelle mesure la clause querellée porte atteinte à une obligation essentielle du contrat. On ne peut pas ignorer que le débat sur la validité de la clause exonératoire ou même limitative a lieu une fois que le manquement du débiteur est consommé et que ses répercussions pour le créancier sont connues. Le risque est donc d'apprécier la clause à la lumière des circonstances et des conséquences de l'inexécution du contrat. Il s'agit d'une appréciation concrète que nous qualifierions plus volontiers d'appréciation *ex post*. D'un point de vue théorique, elle ne nous paraît pas souhaitable, même si elle ne peut être totalement évitée en pratique. Une appréciation *ex ante* de la validité de la clause se concilie mieux, à notre avis, avec le fondement de l'interdiction d'anéantir l'obligation essentielle du contrat. Que le fondement soit tiré de la cause ou de la nécessité d'un objet utile, l'appréciation doit se faire non par rapport à l'exécution du contrat, par hypothèse défectueuse, mais par rapport à sa formation. C'est un problème de validité qu'il faut trancher.

21. Procéder *ex post* peut aboutir à remettre en cause des clauses limitatives de responsabilité parce que le plafond qu'elles prévoient est inférieur au dommage causé au créancier. Ceci ne nous paraît ni cohérent ni souhaitable. On ne voit pas pourquoi le dommage réellement subi par le créancier insatisfait serait, explicitement ou implicitement, pris en compte pour juger de la validité d'une clause limitative alors qu'en principe, l'appréciation du caractère comminatoire d'une clause pénale se fait *ex ante*, non par rapport au dommage effectivement subi, mais par rapport au dommage prévisible à la conclusion du contrat. De façon plus générale, une appréciation *ex post* mène à une casuistique jurisprudentielle dont les résultats sont *a priori* peu prévisibles. Elle nous paraît d'ailleurs contraire aux textes qui, en droit belge, organisent la lutte contre les clauses abusives dans les relations entre professionnels et consommateurs. Les clauses énumérées par l'article 32 de la loi du 14 juillet 1991 doivent être déclarées nulles par le juge, sans que celui-ci ait à prendre en considération la gravité du manquement en l'espèce et son impact sur l'équilibre économique des relations entre les parties. *A fortiori* en est-il ainsi quand le juge

doit se prononcer sur une action en cessation qui vise à purger une série de contrats d'adhésion d'une clause réputée abusive en vertu de l'article 32.

Assez obscur et mal rédigé, l'article 31 de la loi, qui donne de la clause abusive une définition générale, précise, en son paragraphe 3, que l'appréciation du caractère abusif d'une clause doit se faire « en se référant au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend ». Cette disposition prévoit une appréciation *ex ante* qui, sans être totalement désincarnée ou abstraite, est centrée par priorité sur l'économie du contrat, la définition de son objet et les circonstances de sa conclusion. Ce type d'appréciation nous paraît préférable pour juger du caractère essentiel ou non d'une obligation et de l'atteinte que lui porte une clause exonératoire.

22. La vision des choses que nous défendons ici repose sur une série de distinctions, sans doute fort tranchées, entre la formation du contrat et son exécution, entre son équilibre juridique et son équilibre économique. Le dedicataire de ces lignes sait, grâce à sa connaissance et à sa pratique des contrats, que la distinction entre leur formation et leur exécution est relative et que l'équilibre juridique d'un contrat, négocié ou non, ne peut être totalement dissocié de son équilibre économique. Le contrat réalise un échange de valeurs. Par son économie, il dit la façon particulière dont cet échange va s'opérer. En marquant ce qui est inacceptable, le droit va au-delà d'une police formelle du contrat et des clauses qu'il contient. La correction juridique des excès, si elle n'a pas pour objet direct de rétablir l'équivalence des prestations, définit, en quelque sorte par la négative, la zone dans laquelle, selon le droit, un transfert de valeurs et un aménagement des risques économiquement sains peuvent avoir lieu.